



A Anatel e a defesa da ordem econômica

01/04/1999

A partir da LGT, se um ato ou contrato previsto no art. 54 da Lei nº 8.884/97 estiver relacionado com uma prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, terá que ser submetido à apreciação do Cade através da Anatel. A Anatel encaminhará o correspondente requerimento, anexando seu próprio parecer nos termos da legislação própria de defesa da concorrência.

Continuando a analisar a divisão de competências, cabe salientar, entretanto, que com relação às formas de controle dos atos e contratos de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884/97, a LGT não só transferiu à Anatel algumas das atribuições da SDE, como também as ampliou.

O artigo 71 da LGT estabelece uma competência exclusiva à Anatel, que, visando propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica do mercado, poderá preestabelecer *requisitos* a serem cumpridos pelas empresas ou grupos empresariais interessados na obtenção de transferência de concessões, permissões ou autorizações, independentemente da atuação do Cade. Constitui-se, pois, em uma prerrogativa da Anatel poder determinar estes *requisitos* com relação à *transferência* dos atos de outorga (de concessão, permissão ou autorização), mas somente válida para tais atos, não compreendendo entre estes atos aqueles que impliquem na alteração do controle societário das concessionárias, permissionárias ou autorizatárias, que permanecerão sujeitos à análise de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884/97, na forma ali estabelecida.

Nesse sentido, a concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações pode ser adquirida, em regra, (i) com a mera transferência da outorga, ou (ii) com a aquisição do controle da empresa titular da outorga. Em ambas hipóteses pode ser efetivada, de forma direta ou indireta, a transferência da concessão, permissão ou autorização.

Na hipótese de transferência da outorga, deverão ser observados os *requisitos* estabelecidos pela Anatel com base no artigo 71 da LGT (competência exclusiva), e exigida sua aprovação prévia, nos termos dos artigos 98 da LGT. Nesse caso, cabe-nos o questionamento: O Cade poderia desaprovar a transferência de outorga, ainda que a operação tenha atendido aos *requisitos* estabelecidos pela Anatel? Não existe qualquer disposição a respeito deste assunto, mas acredita-se que o Cade e Anatel celebrarão convênio no sentido de tornar coerente e eficiente a atuação dos dois órgãos no setor de telecomunicações.

Na hipótese de aquisição do controle da empresa titular da outorga, ou ainda nas operações que envolvam a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução de capital das concessionárias de serviços de telecomunicações, em princípio não será necessária a observância dos *requisitos* estabelecidos pela Anatel, cabendo a este órgão regulador, entretanto, a instrução e análise prévia da operação, conforme procedimento estabelecido para os atos previstos no artigo 54 da Lei nº 8.884/94.



Parece, pois, que o Cade e a Anatel deverão adotar posições compatíveis na análise, tanto da transferência de outorga como na aquisição do controle da empresa que é titular da concessão, permissão ou autorização, a fim de evitar entendimentos contraditórios.

Importante frisar que o disposto no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 estabelece expressamente os pressupostos para que uma operação que envolva controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário seja objeto de análise pelo Cade, quais sejam: (i) operações que resultem 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, ou (ii) faturamento bruto anual equivalente à R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). O artigo 7º da LGT não repete ou menciona quaisquer pressupostos no sentido de delimitar os atos ou contratos abrangidos pela lei, mas o caput do artigo 7º declara que as *normas gerais de proteção à ordem econômica* são aplicáveis ao setor de telecomunicações. Portanto, os pressupostos mencionados são aplicáveis nas operações de ato de concentração no setor de telecomunicações.

Ressalvamos que, destarte entendermos que as competências originárias do Cade foram consolidadas somente com relação aos atos de concentração, existem entendimentos no sentido de que o Cade também mantém a competência para reprimir infrações à ordem econômica. Para essa corrente, o Cade permanece como órgão competente para analisar e julgar os atos de concentração e as condutas que vierem a ser consideradas infrações à ordem econômica no setor de telecomunicações. Nesse sentido, restaria à Anatel somente as atribuições da SDE, bem como a competência exclusiva delimitada no artigo 71 da LGT.

Com base neste entendimento, outras questões acabaram sendo trazidas para discussão, como por exemplo, as diretrizes para a cobrança de tarifas pelas concessionárias. Segundo o artigo 103 da LGT, compete à Anatel estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço de telecomunicação. Porém, transcorridos no mínimo 3 (três) anos da celebração do contrato, a Anatel poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária, nos termos do artigo 104 da mesma lei. Por outro lado, conforme dispõe o §2º, estabelecida a liberdade tarifária, caso venha a haver aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, caberá à Anatel, e não ao Cade, restabelecer o regime tarifário anterior.

De acordo com o disposto no artigo 20, inciso III da Lei nº 8.884/94, o aumento arbitrário de lucros constitui infração à ordem econômica, cuja competência para julgar e aplicar penalidades, segundo a corrente, acima mencionada, é do Cade. Assim, apurado o aumento arbitrário de lucros, a Anatel deveria informar o Cade, para aplicação das penalidades cabíveis. A questão é: se o Cade entender não haver a infração (aumento arbitrário de lucros), isto obrigaria a Anatel a restabelecer a liberdade tarifária? Mesmo considerando este posicionamento paralelo da doutrina, esta é outra questão que poderá ser discutida conjuntamente pelo Cade e pela Anatel. Entretanto, pode-se inferir que, em virtude do conhecimento da Anatel do mercado e da sua estrutura, e das condições de acompanhamento da evolução dos preços praticados, a análise prévia da Anatel deverá ser considerada, mesmo se a decisão destas questões for realmente de competência do Cade. Não obstante, nosso entendimento sobre o assunto ainda é no sentido de que não cabe ao Cade a análise de condutas infracionais no âmbito do setor de telecomunicações.

IV - Dos atos normativos da Anatel

Como agente regulador do setor de telecomunicações, a Anatel também possui a atribuição de normatizar o setor, inclusive quanto à proteção da concorrência.

Na edição de atos normativos, a Anatel está obrigada a contemplar os aspectos de proteção à ordem econômica e de repressão das condutas anticoncorrenciais. Esta prerrogativa decorre do disposto nos artigos 5º, 6º e 127, inciso II da LGT, dentre outros. Esta capacidade da Anatel, via regulamentação, foi abordada, por exemplo, nas discussões entre concessionárias de telecomunicações e editores de listas telefônicas, que acabaram por resultar na Resolução nº 66, de 09 de Novembro de 1998 (“Resolução nº 66/98”) da Anatel.

O artigo 213 da LGT estabelece que é permitida a divulgação, por qualquer meio, de listas de assinantes do serviço telefônico fixo comutado destinado ao uso do público em geral. Assim, as concessionárias do serviço de telefonia fixa comutada estão obrigadas a fornecer, em prazos e a preços razoáveis e de forma não discriminatória, a relação de seus assinantes a quem queira divulgá-la, como dispõe o §1º do artigo 213. Surgiria no mercado, em vista disto, uma forte concorrência entre editores de listas e as concessionárias, no segmento de edição de listas de assinantes.

Tendo sido constatado que as concessionárias estariam em uma posição privilegiada em relação aos seus concorrentes, caso empreendessem elas mesmas, a edição de listas, a Anatel, através da Resolução nº 66/98, proibiu a exploração econômica direta de listas de assinantes pelas concessionárias ou permissionárias dos serviços de telecomunicações, contemplando, de fato, aspectos concorrenciais quando do exercício de sua atividade regulatória.

V - Dos procedimentos

No dia 19 de agosto de 1998, o Cade aprovou a Resolução nº 15 (“Resolução nº 15/98”), também denominada “Super 5”, que disciplina as formalidades e os procedimentos relativos aos Atos de Concentração de que trata o art. 54 da Lei 8.884/94. A Resolução nº 15/98 revogou a Resolução nº 5/96 estabelecendo que, no caso dos atos que envolvam para a sua análise e/ou instrução a participação de agências de regulação, serão utilizados procedimentos desenvolvidos em conjunto com cada órgão .

Nesse sentido, a Anatel, em 16 de dezembro de 1998, aprovou a Resolução nº 76 (“Resolução nº 76/98”), que estabelece o procedimento para apresentação dos atos de que tratam o artigo 54 da Lei nº 8.884/94, e os §§ 1º e 2º do artigo 7º da LGT, por intermédio da Anatel, para apreciação do Cade.

Conforme já mencionado, os atos de que trata o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 deverão ser apresentados previamente para exame, ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização, em duas vias, perante a Procuradoria da Anatel, com os documentos e informações relacionadas no Anexo I, e de acordo com as definições do Anexo III, ambos da Resolução nº 76/98. Na hipótese destes mesmos atos se enquadrarem com o previsto nos artigos, 97, 98 ou 136, §2º, da LGT, as requerentes deverão solicitar a aprovação da Anatel, previamente à constituição do ato, por meio dos mesmos documentos acima mencionados e de outras

informações que a Anatel vier a solicitar (transferência de concessão).

Em regra, as requerentes deverão enviar à Anatel as informações societárias, descrição das operações, relação de produtos/serviços ofertados, estimativa e condições gerais dos mercados relevantes, de acordo com a relação dados e documentos descritos no Anexo I da Resolução nº 76/98.

Uma vez concluída a fase instrutória pela Anatel, o processo será remetido ao Cade para análise e julgamento.

VI - Conclusão

1 - A Anatel passou a exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, e defesa da concorrência, ressalvadas as pertencentes ao Cade.

2 - As competências do Cade consolidadas pela LGT estão relacionadas apenas à aprovação e ao julgamento dos atos ou contratos discriminados no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que possam representar concentração econômica (atos de concentração).

3 - A Anatel deverá analisar e julgar as condutas que vierem a ser consideradas infrações à ordem econômica, bem como exercer as atribuições da SDE e da SEAE, tanto para os atos de concentração, quanto para as infrações à ordem econômica.

4 - A LGT ampliou as atribuições da Anatel, na forma do artigo 71 da LGT, conferindo-lhe uma competência exclusiva - preestabelecer *requisitos*. Estes *requisitos* deverão ser cumpridos pelas empresas ou grupos empresariais interessados na obtenção de transferência de concessões, permissões ou autorizações, independentemente da atuação do Cade. Estes requisitos não são aplicáveis aqueles atos que impliquem na alteração do controle societário das concessionárias, permissionárias ou autorizatárias, que permanecerão sujeitos à análise de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884/94, na forma ali estabelecida.

5 - A Anatel deverá contemplar aspectos de proteção à ordem econômica e de repressão às condutas anticoncorrenciais em seus atos normativos, considerando o disposto nos artigos 5º, 6º e 127, inciso II da LGT, dentre outros.

6 - A Resolução nº 15/98, do Cade, e Resolução nº 76/98, da Anatel, estabelecem o procedimento para apresentação dos atos e contratos de que tratam o artigo 54 da Lei nº 8.884/94, e os §§ 1º e 2º do artigo 7º da LGT.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/1999-abr-01/anatel_defesa_ordem_economica_1/